

A constitucionalização do direito de família

Leonardo Barreto Moreira Alves

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Pós-graduado em Direito Civil pela PUC Minas. Mestrando em Direito Privado pela PUC/MG. Professor da PUC/MG

" Cada sistema filosófico concretiza, em forte síntese, uma concepção de mundo. "

Clóvis Beviláqua

1. INTRODUÇÃO

O trinômio Liberalismo Econômico, sistema capitalista e Positivismo Jurídico foi fruto da ascensão da burguesia ao poder político. Influenciaram diretamente o Direito, entendido como controlador dos conflitos sociais.

Dessa forma, criou-se a concepção do monismo jurídico, o qual pretendia equiparar justiça legal e justiça social.

O ideal kelseniano encontrou no processo de *codificações* seu maior incentivo. Obras jurídicas, como o Código de Napoleão, comprovaram tal tendência.

O Código Civil brasileiro de 1917 foi um marco na legislação pátria, precipuamente nas relações de Direito Privado, consagrando o ideal liberal-burguês da *codificação*.

Pretendeu o legislador nacional, à época, regulamentar todas as relações jurídicas do Direito Civil em um único instrumento legal. O Código, assim, refletiria, de forma hegemônica, o pensamento social do início do século XX.

No entender dos seus criadores, esse instrumento conseguiria prever todas as hipóteses fáticas de relações jurídicas e seus respectivos remédios ou sanções, tendo em vista a teoria do ordenamento jurídico perfeito idealizado por Hans Kelsen.

Era, nas palavras de Gustavo Tepedino⁽¹⁾, "a Constituição do direito privado". Prescrevia todas as diretrizes de natureza civil daquele tempo.

O espírito de sua era tinha um sentido essencialmente patrimonialista, individualista, contratualista. Regulava, formalmente, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário.

Quatro eram os personagens básicos que marcaram presença no Código de 1917, ainda segundo o ilustre Gustavo Tepedino⁽²⁾: o marido, o proprietário, o contratante e o testador.

Assim, a filosofia do fim do século XIX e início do XX marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil⁽³⁾. Poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais⁽⁴⁾ eram regras no dispositivo legal.

Mesmo sendo o ramo do Direito Civil onde mais se via a valorização da pessoa humana, também no Direito de Família o Código injetava um tom eminentemente patrimonial e machista.

A propriedade era o valor necessário da realização da pessoa humana, a qual figurava nas relações jurídicas como sujeito abstraído de sua dimensão real.

Tratando do Direito de Família (artigos 180 a 484), o Código dispensou nada menos que 135 artigos ao casamento.

Esse instituto constituía a única forma de criar a família legítima e legitimar os filhos comuns (*justas núpcias*), antes dele nascidos ou concebidos (art. 229).

Não existia a família em relações concubinárias, mesmo no denominado concubinato puro (entre pessoas sem impedimentos matrimoniais). Filhos havidos fora do casamento eram considerados ilegítimos, não podendo ser reconhecidos pelos pais, mesmo que esses quisessem.

Essa desigualdade no tratamento dos filhos não era inspirada na proteção de suas pessoas, mas do patrimônio familiar.

A força do vínculo matrimonial era ainda evidenciada pelo fato de só existir uma única previsão legal para a sua dissolução: com a morte de um dos cônjuges.

O regime matrimonial de bens, nesse contexto, teve tratamento primordial do legislador: 59 artigos foram responsáveis por essa disciplina.

Os institutos protetivos da tutela, curatela e ausência, por sua vez, consituem verdadeiro estatuto legal de administração de bens.

Os impedimentos matrimoniais elencados no artigo 183 têm, também, como fundamento a defesa do patrimônio, e não das pessoas, como os incisos XIII, XV e XVI.

O rol de direitos do marido (artigos 233 a 239) era muito mais extenso do que os da esposa (artigos 240 a 255), a qual, pragmaticamente, só tinha deveres. O artigo 233, por exemplo, determinava a chefia da sociedade conjugal para aquele, apenas cabendo à mulher nos casos do artigo 251.

Nunca é demais ressaltar que, até 1962, a mulher era considerada relativamente incapaz para os atos da vida civil.

O Direito de Família, nessa época, é conceituado por Clóvis Beviláqua como o "complexo de normas e princípios que regulam a celebração do casamento e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a sua dissolução, as relações de parentesco e os institutos protetivos da tutela, curatela e ausência".

Assim como a sua definição, também o campo de atuação do Direito de Família era limitado, já que era adotado o conceito de família em sentido restrito (os cônjuges e sua prole).

O casamento tinha como finalidades a legalização das relações sexuais (coabitação-art. 231, II), a procriação, a mútua assistência (art. 231, III) -inclusive econômica, o dever de educar e manter a prole (art. 231, IV) e o estabelecimento de vínculos patrimoniais (art. 230 – regime de bens).

A família era tratada como uma unidade de produção, objeto impulsionador de riqueza.

Mas as relações sociais são muito dinâmicas e não podem nem devem ficar engessadas em um corpo fechado de leis. Elas precisam, fundamentalmente, de espaço para se desenvolverem.

Por outro lado, o Direito não pode ficar afastado dessas inovações, muito menos na contra-mão. Ele deve espelhar o pensamento filosófico de um dado momento.

Os avanços sociais exigem do Direito a necessidade de regulamentação. A sociedade impõe o Direito e esse a regula, coercitivamente, através das normas jurídicas.

Não se permite que uma norma jurídica fique vazia, sem sentido, sem eficácia substancial, desligada do seu tempo, da sua época, cega aos fatos e evoluções.

Trata-se de um *dever-ser* contínuo, mutável, dialético.

Ao legislador não cabe fingir que a prática não existe, ignorá-la, criando leis que apenas demonstram a intenção do que ele quer que seja verdadeiro, e não o que o espírito do povo (*Volksgesit*) assim admite.

Incorreto é privilegiar a previsão legal, que é apenas teórica, dando aos fatos importância mínima. Nesse contexto, interessante é lembrar a ironia em uma das frases marcantes do brilhante escritor Néelson Rodrigues: "se as minhas previsões forem frustradas pelos fatos, pior para os fatos".

A partir de 1917, mudanças não faltaram ao longo de todo o século. Se o século XIX foi o das grandes inovações, o século XX foi o das grandes realizações.

O rádio, a televisão, o computador, a Revolução Tecnológica, a clonagem, inseminações artificiais, fertilização in vitro, ao lado dos grandes movimentos sociais, como o feminismo, a entrada da mulher no mercado de trabalho, o homossexualismo, exigiram mudanças na legislação.

Soma-se a isso o desenvolvimento e o aumento de atribuições do Estado (*Welfare State*), muitas dessas atribuições, inclusive, recebendo proteção das diversas Constituições, como a mexicana e a alemã.

O Código, mesmo sendo uma obra complexa e fantástica (mais de 80 anos e ele ainda continua em vigor), refletia uma outra época, outra mentalidade, não

podendo responder, apesar de assim pretender quando da sua criação, a novos anseios sociais.

Por isso, logo após a sua vigência já começaram a aparecer as leis extravagantes. O contingente de leis avulsas, a partir dos anos 30, é fulminante. O velho Código Civil, esperança de longevidade eterna, vai perdendo o seu caráter de estatuto maior e único do ordenamento civil, em favor dos microssistemas e, posteriormente, da Constituição de 1988⁽⁵⁾.

Conforme Francisco Amaral Neto, o "*direito reafirma-se como uma categoria ética e como uma prática social* (elementos indissociáveis). *E o civilista surge como um intelectual crítico empenhado, não mais na defesa de uma classe, a burguesia, mas da pessoa e dos seus elementos inalienáveis*⁽⁶⁾."

No campo do Direito de Família, a evolução se deu em etapas, com leis diversas, especialmente a partir da década de 60, alterando para melhor a figura e a posição da mulher casada (Lei nº 4.121/62) e instituindo o divórcio (Lei nº 6.515/77) como instrumento para regularização da situação jurídica dos descasados, cujas subseqüentes uniões concubinárias eram consideradas à margem da lei⁽⁷⁾.

Mas a mudança revolucionária no Direito Civil, mais especificamente no Direito de Família, vem ocorrer com a Constituição Federal de 1988. Trata-se do fenômeno da *publicização ou constitucionalização* do Direito Civil.

O Professor paranaense Luiz Edson Fachin, analisando tal fenômeno, declara: "estudar o Direito Civil significa estudar (os seus) princípios a partir da Constituição. O Direito Constitucional penetra, hoje, em todas as disciplinas e, via de consequência, também no Direito Civil...", permitindo, deste modo, "vislumbrar a importância da noção de igualdade⁽⁸⁾".

A Constituição é o instrumento propulsor, o combustível para todo o Direito Civil. Dela surgirão os institutos não só do Direito Público, mas do Privado também. Segundo o ilustre Professor Cristiano Chaves, "daí se afirma, via de

conseqüência, a superação da histórica dicotomia entre o direito público e o privado, dando lugar a proclamação de valores e princípios constitucionais, priorizando a *dignidade da pessoa humana* e demais *garantias sociais*⁽⁹⁾”.

A criação de direitos sociais consagrados na Constituição, portanto, desestabilizou a estrutura liberal, patrimonialista e obsoleta da legislação civil, mas até então reinante.

Por isso, não é mais possível, hoje, enxergar o Direito Civil sem, antes, fazer uma análise da Constituição. Essa determina aquele, e não o contrário.

Fala-se em *não recepção* quando a norma infraconstitucional não se adequa à Carta Magna, como o caso do famigerado artigo 219, IV (anulação do casamento por defloramento da mulher, ignorado pelo marido).

Não há dúvidas acerca da aplicação direta e imediata dos princípios constitucionais no Direito Civil, diante do artigo 5º, § 1º da Lei Maior (“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”).

Resguarda-se, entretanto, o direito adquirido, em consonância com o art. 5º, XXXV, da Constituição (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”), como, por exemplo, os bens reservados existentes antes de 1988.

Se antes o papel unificador do sistema jurídico era pretensamente delegado ao Código Civil, modernamente há de ser entregue ao Texto Constitucional, para que possam ser pacificados eventuais conflitos existentes nos diversos ramos da Ciência Jurídica, traçando regras básicas a serem seguidas pela legislação infraconstitucional (seja de Direito Público, seja de Direito Privado).⁽¹⁰⁾

O Código Civil, mostrando-se, agora, frágil, agoniza ao perder o seu significado de repositório de todo o direito privado e de centro da experiência jurídica de um povo. Esvaziou-se no seu conteúdo e perdeu o seu sentido⁽¹¹⁾.

Deslocou-se grande parcela do ordenamento antigo do Código Civil para a Constituição Federal. Dessa, decorrem leis esparsas de mister importância, como o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente e as Leis relativas à União Estável (Lei nº 8.971/94 e Lei nº 9.278/96).

No tocante ao Direito de Família, a Constituição de 1988 traça, antes mesmo do capítulo destinado a ela (artigo 226 e seguintes), alguns princípios genéricos.

Primordial é o princípio fundamental da *dignidade da pessoa humana*, consubstanciado no inciso III do artigo 1º, basilar da despatrimonialização do conceito de família, agora entidade familiar, comunidade de entreatada e afeto, onde seus membros estão envolvidos por um laço muito mais psicológico, de busca do prazer e da felicidade.

O eixo, então, passa a centrar-se na pessoa humana, condição *sine qua non* de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.

Dispõe o artigo 5º, I, sobre o princípio da isonomia entre homens e mulheres, que deve ser entendida muito mais como igualdade material do que formal.

É no artigo 226, porém, que serão estabelecidos os princípios constitucionais atinentes ao Direito de Família em específico. Seus pontos essenciais podem ser assim resumidos:

- A. Reconhecimento da união estável, elevando-a à categoria de entidade familiar, ao lado do casamento – art. 226, § 3º;
- B. Reconhecimento da família monoparental também como entidade familiar, ao lado do casamento e da união estável – art. 226, § 4º;
- C. Igualdade entre os cônjuges – art. 226, § 5º;
- D. Facilitação do Divórcio – art. 226, § 6º;

E. Isonomia do tratamento jurídico dos filhos, evitando qualquer discriminação e distinção – art. 227, § 6º.

Essas questões serão examinadas, em separado, a seguir, assim como, pela importância, a união civil entre pessoas do mesmo sexo e o Novo Código Civil.

2. UNIÃO ESTÁVEL

A família, nas palavras da Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka⁽¹²⁾, "é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos (...); a história da família se confunde com a história da própria humanidade".

Trata-se, em verdade, da *celula mater* da sociedade, do seu núcleo inicial, básico e regular. É um microsistema social, onde os valores de uma época são reproduzidos de modo a garantir a adequada formação do indivíduo.

É instituto no qual a pessoa humana encontra amparo irrestrito, fonte da sua própria felicidade.

Por muito tempo, especialmente a partir da legislação de 1917, pretendeu-se dar à família um caráter eminentemente patrimonialista, objeto de produção de riquezas.

Entretanto, o caráter natural da família antecede ao direito positivo⁽¹³⁾. O desejo, a necessidade ou mesmo a conveniência que levam certas pessoas a constituírem família ultrapassam a vontade única do legislador.

Dessa forma, não havia como controlar, por muito tempo, a dinâmica social, atribuindo o *status* de família apenas quando decorrente do casamento (*justas núpcias*), comunidade formada pelos cônjuges e sua prole. A família não é criada

pelo homem, mas pela natureza, pois o legislador não cria a família, como o jardineiro não cria a primavera⁽¹⁴⁾.

Sendo a família um fato natural, e o casamento uma convenção social, este é muito estreito para conter aquele, produzindo-se, então, o fato fora da convenção. Embora o homem queira obedecer ao legislador, vê-se impedido a não desobedecer a natureza, constituindo sua família, se possível nos moldes legais, e se necessário fora deles⁽¹⁵⁾.

Assim é que, após o Código de 1917 e ao longo de todo o século XX, muitos optaram por conviver de uma forma mais afetiva, procurando, no outro, ajuda, respeito, carinho e felicidade, o que nem sempre era encontrado nos moldes legais.

Preferiram viver à margem do Direito, recebendo designações discriminatórias, como família ilegítima.

Felizmente, a Constituição de 1988 não fechou os olhos a essa situação fática e passou a reconhecer, no artigo 226, § 4º, a união estável como entidade familiar (não mais família, o que caracterizou uma brusca ruptura com a identificação da família apenas com o casamento).

A Carta Magna traçou, nesse dispositivo, os requisitos genéricos para configuração do instituto, quais sejam, a diversidade de sexo e a inexistência de impedimentos matrimoniais, já que "a lei facilitará a sua conversão em casamento".

Posteriormente, a Lei nº 8.971/94 trouxe requisitos mais específicos, como a exigência de vida em comum há mais de 5 anos ou a existência de prole. Tratou, também, dos efeitos decorrentes dessa união: o direito a alimentos (artigo 1º) e à sucessão (artigo 2º).

Em seguida, a Lei nº 9.278/96 apresentou exigências como a convivência duradoura (que não implica necessariamente em um período mínimo de 5 anos), pública e contínua, ininterrupta.

Devem os conviventes, ainda, estabelecer essa união "com objetivo de constituição de família". Trata-se de elemento subjetivo fundamental, que evita que um simples namoro venha a constituir entidade familiar.

Fala-se, assim, de *affectio maritalis, intuitu familiae*, pois são pessoas que podem se casar, querem viver como se casados fossem, mas apenas não pretendem, voluntariamente, estabelecer o vínculo matrimonial. Caso venham a assim desejar, "a lei facilitará a sua conversão em casamento". A Lei é exatamente a 9.278/96 e a facilitação vem expressa no seu artigo 8º.

É por isso que o artigo 2º da citada Lei apresenta direitos e deveres (iguais) aos conviventes, semelhantes àqueles reservados ao casamento no artigo 231 do Código Civil, apenas excetuando a vida em comum sob o mesmo teto, já que a Súmula 382 do STF prescreve que "a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato".

Interessante, nesse contexto, é a análise da Súmula 380 do STF: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

Por muito tempo, para permitir a divisão do patrimônio entre os conviventes, a posição jurisprudencial mais antiga (hoje ultrapassada), pretendeu atribuir à companheira, que por longo período prestou serviços domésticos ao concubino, o direito a salários.

A Súmula do STF inaugurou uma segunda etapa jurisprudencial, adotando a teoria da sociedade de fato entre os conviventes e permitindo a divisão do patrimônio obtido pelo esforço comum, o que era feito no Juízo Cível.

Modernamente, a partir da Lei 9.278/96, ultrapassou-se a idéia da sociedade de fato, reconhecendo o direito proveniente da união estável à divisão patrimonial, o que, conforme o artigo 9º, seria matéria da Vara de Família, afastando qualquer dúvida acerca do Juízo competente.

Ademais, o artigo 5º estabeleceu uma presunção relativa de serem comuns os bens adquiridos pelos conviventes.

3.FAMÍLIA MONOPARENTAL

O Código Civil adotou, como regra geral, o conceito de família no seu sentido restrito, qual seja, a comunidade formada entre cônjuges e sua prole, refletindo o pensamento machista e patriarcal da época.

Com as inovações constitucionais, admite-se uma maior flexibilidade na definição de entidade familiar, agora em sentido amplíssimo, alcançando, por exemplo, a comunidade formada entre a mãe viúva e seus filhos.

A esse grupo formado por qualquer dos pais e seus descendentes dá-se o nome de família monoparental (artigo 226, § 4º).

4.IGUALDADE ENTRE OS CÔNJUGES

O princípio da isonomia entre homem e mulher já havia sido regulado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela ONU em 1948 ("Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos"), e, mais particularmente, pela Constituição Federal, como princípio fundamental no artigo 3º, IV (não discriminação) e como garantia fundamental no artigo 5º, I.

O artigo 226, § 5º, da Lei Maior reforçou a igualdade entre homem e mulher, agora na posição de marido e esposa, para que a nova condição de casados não provocasse qualquer dúvida acerca da manutenção do princípio.

Dessa forma, muitos dispositivos da legislação civil não foram recepcionados, enquanto outros, para que se adequassem à nova realidade, precisaram de uma nova interpretação.

Os artigos 235 e 242 do Código Civil devem ser analisados em conjunto, simultaneamente, já que os direitos e deveres são iguais para marido e mulher.

O homem não exerce mais a chefia da sociedade conjugal (artigo 233) e a mulher não é mera companheira, consorte e colaboradora (artigo 240).

O pátrio poder (ou pátrio-dever) não é de exercício exclusivo do marido e apenas subsidiário da mulher (artigo 380), mas em "igualdade de condições, pelo pai e pela mãe" (artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Prevalece, ainda, a isonomia entre os cônjuges na outorga de emancipação aos filhos⁽¹⁶⁾ (art. 9º, § 1º, I).

Não se cogita mais em anulação do casamento com base no artigo 219, IV (defloramento da mulher, ignorado pelo marido), na constituição de bens reservados (artigo 246), salvo a hipótese de direito adquirido, e no privilégio de foro para a mulher, consubstanciado no artigo 100, I, do CPC.

O presente princípio constitucional deve ser interpretado como a proibição de tratamento distinto a quem tem situação material idêntica. É, no dizer de Rui Barbosa, tratar os desiguais de forma desigual, para que obtenham a igualdade material, e os iguais de forma igualitária.

Somente com esse entendimento é que continua em pleno vigor o impedimento matrimonial do artigo 183, XII⁽¹⁷⁾. A distinção da idade nubil entre 16 anos para

mulher e 18 para o homem reflete o pensamento científico de que há amadurecimento biológico anterior daquela em relação a esse.

Com a mesma razão, apesar da divergência de correntes doutrinárias e jurisprudenciais⁽¹⁸⁾, persiste o dispositivo referente ao regime de separação obrigatória de bens no caso do maior de 60 anos e da maior de 50 (art. 258, § único, II).

5.FACILITAÇÃO DO DIVÓRCIO

Com a Emenda constitucional nº 09 de 28.06.1977 e, posteriormente, com a Lei nº 6.515/77, o vínculo matrimonial passou a ser dissolvido, também, pelo divórcio.

Mas as hipóteses previstas, inicialmente, nos estatutos eram restritas e de aplicação limitada.

Assim, o divórcio direto só era possível após comprovada a separação de fato por mais de 5 anos, com início antes de 28.06.77, enquanto que o divórcio indireto ou por conversão restringia-se a um prazo de 3 anos após a separação judicial.

O mandamento constitucional, no artigo 226, § 6º, alterou esses prazos, determinando 2 anos da separação de fato, no divórcio direto, e apenas 1 ano da separação judicial, no divórcio indireto.

Com esse propósito, foram editadas duas leis posteriores à Carta Magna: a Lei nº 7.841/89 e a 8.408/92.

6.ISONOMIA DO TRATAMENTO JURÍDICO DOS FILHOS

O Código Civil, pretendendo incentivar o casamento, determinou, no seu artigo 229, que a existência do vínculo matrimonial legitimava os filhos comuns antes dele nascidos ou concebidos.

Dessa forma, discriminava os filhos havidos fora do casamento, tratados como ilegítimos (naturais, adulterinos ou incestuosos).

Esse tratamento não era inspirado na proteção de suas pessoas, mas do patrimônio familiar⁽¹⁹⁾.

Com o princípio da dignidade da pessoa humana, o conceito de filiação e o seu tratamento ganham novo eixo.

É nesse contexto que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" (artigo 227, § 6º, da Constituição).

Assim, não há mais espaço para a dicotomia entre filhos legítimos e ilegítimos: fala-se, agora, em filhos havidos ou não fora do casamento.

Da mesma forma, não se distingue filho natural e civil (adotivo).

Leis esparsas consagraram o dispositivo constitucional. A Lei nº 8.560/92 regulamenta o reconhecimento de filhos, havidos ou não do casamento, enquanto que o artigo 20 da Lei nº 8069/90 prescreve que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

O artigo 26 do ECA também trata do reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, e o seu artigo 41 dá os mesmos direitos e deveres ao filho adotado.

Em atendimento à dignidade humana, e não mais à simples proteção da paz familiar, o bem estar e a comodidade dos filhos são objetivos a serem alcançados.

Não por menos, a vontade dos filhos é de relevante importância em diversos institutos, como nas disposições gerais da colocação em família substituta (§ 1º do art. 28 do ECA), na adoção (§ 2º do art. 45 do ECA), na proteção da pessoa dos filhos (art. 13 da Lei do Divórcio).

7.UNIÃO CIVIL ENTRE HOMOSSEXUAIS

O texto constitucional de 1988, apesar das revolucionárias novidades, não tratou da união civil entre homossexuais. Nem há, ainda, qualquer previsão legal sobre o assunto.

O tema é por demais polêmico para ser tratado em algumas poucas linhas, mas não se deve omitir ao menos um registro sobre ele.

Assim como ocorrera na discussão acirrada acerca do divórcio e da união estável, as forças conservadoras da sociedade insistem em abafar a problemática, vendando os olhos do povo para aquilo que todos vêem ou têm conhecimento da existência.

Não se trata de definir a opção sexual de outrem, mas não se pode condená-la. Não cabe qualquer tipo de juízo de valor, mas um gesto de humildade e respeito a aquilo que, por mais que muitos não queiram, existe e tem muita força nos ditames sociais.

É preciso respeitar a diversidade étnica, racial, religiosa e sexual. Sob pena de cultivar-se um ódio extremado, injustificado, responsável por tantos crimes envolvendo travestis, lésbicas e gays.

Tratar de tal polêmica exige maturidade e, se não é possível uma total neutralidade axiológica, ao menos deve-se ter o bom senso e a real intenção de se buscar a verdade, ainda que aparente e provisória.

Diversas são as formas utilizadas na tentativa de encobrir os fatos.

A ciência, através do seu método, indubitavelmente esconde uma motivação ideológica. Procurando justificar a sociedade machista que ainda impera na pós-modernidade, divulgou o resultado de uma pesquisa que tinha como conclusão a diferença de um bilhão de neurônios entre homem e mulher.

A chancela científica também se faz sentir no tema do homossexualismo. Na literatura médico legal brasileira, mais precisamente nos livros "Manual de Medicina Legal" de Delton Croce e Delton Croce Júnior e o clássico "Medicina Legal" do Professor Hélio Gomes, a homossexualidade é tratada como "aberração sexual" e "perversão sexual", respectivamente⁽²⁰⁾, o que apenas remete à antiga classificação lombrosiana das patologias de indivíduos "anormais".

Pretende-se provar que se trata de uma questão congênita, biológica, uma patologia e, por isso, esses indivíduos seriam "anormais", nocivos, subversivos à paz e tranquilidade dos lares.

A homossexualidade, até 1985, era tratada como patologia no Código Internacional de Doenças (CID).

A religião, especialmente os dogmas da Igreja Católica, insiste na tese de que é uma anomalia psicológica, um defeito baixo, condenável, crime até a década de 60 em países europeus e até hoje nos países islâmicos.

Não por menos, a CNBB enviou, recentemente, carta aos 513 deputados federais alertando sobre o "perigo" das uniões "antinaturais" defendidas pelo Projeto de Lei 01151/95, de autoria da atual prefeita paulista, Marta Suplicy (PT-SP), e "protegendo" a vida e a família⁽²¹⁾.

As Forças Armadas também são fontes de resistência à idéia. Não são raros os casos de expulsão de homossexuais dos quadros do Exército, Marinha ou Aeronáutica.

O país experimentou, ao longo de todo século XX, situações semelhantes a essa. Discriminações contra mulheres, instituições fora do casamento (famílias ilegítimas), filhos ilegítimos, a aversão ao divórcio foram por muito tempo mantidas, mas a asfixia, a mordança, a cegueira sucumbiram.

Não há como esconder aquilo que está aos olhos de todos. O legislador não pode proteger apenas aquilo o que ele acredita ser verdadeiro e bom para o povo, quando este último passa a agir em contradição com as leis.

O papel do Direito não é fabricar, mas reconhecer, regular aquilo que já existe. Não é a lei que cria a realidade, mas essa é reconhecida por aquela.

Se a opção da maioria da população é pela religião católica, como não permitir o islamismo (artigo 5º, VI da CF)? Se a preferência é pelo casamento, como rechaçar a união estável? E se a opção sexual da grande maioria é pelo heterossexualismo, existe algum óbice em permitir uniões homossexuais?

Não se deve tratar os homossexuais como cidadãos de segunda classe, com eram, na Antiguidade, os escravos, porque, em verdade, não são. A dignidade da pessoa humana também reverbera aqui. Nada há nada mais importante do que o compromisso político e social de um cidadão; sua opção sexual pouco ou nada importa. É com esse entendimento que diversos membros do parlamento inglês são abertamente homossexuais e o povo não os condena.

Esse estereótipo nada mais é do que uma convenção, uma necessidade social de diversos setores.

Não passa de um sofisma o argumento da Igreja Católica de que Deus fez Adão (o homem) e Eva (a mulher) para que um desfrutasse do outro, sendo condição biológica a atração heterossexual e uma patologia o contrário.

Em verdade, a Igreja nunca soube como lidar com a estrutura homossexual; reconhece a sua existência, mas teme que, ao permiti-la, toda sua estrutura de poder seja alterada.

O modelo heterossexual é, também, uma convenção social, como era regra, na Antiguidade grega, ser homossexual, já que a mulher era objeto apenas da reprodução da espécie. Filósofos, como Platão, encontravam no seu semelhante o amor e a felicidade.

O argumento científico de tratar-se de questão congênita também não pode ser, pelo menos, completamente aceito.

Merece ser citada a lição do advogado sergipano Jadson Dias Correia⁽²²⁾:

"É cientificamente provado que existem indivíduos que geneticamente nascem com uma diferença hormonal, que se exterioriza através de comportamentos não comuns ao sexo original, ou seja, nos homens verificam-se traços afeminados e nas mulheres traços masculinos, seja na aparência física, seja no comportamento. Todavia, estas características não estão presentes em inúmeros casos, onde verifica-se a prática da homossexualidade entre indivíduos que externamente não apresentam nenhuma característica homossexual em seu comportamento. A Psicanálise também verificou a ocorrência da homossexualidade em um momento tardio da vida do indivíduo, ou seja, mesmo após uma longa parte de sua vida mantendo relações exclusivamente heterossexuais, inúmeros indivíduos passaram a manter relacionamentos homossexuais de forma intensa e apaixonada".

Por tudo isso, o Direito não pode servir como contra-mão dos fatos.

A Dinamarca (a partir de 1989), a Noruega (1992), a Suécia (1995) e, em 2001, a Holanda já admitem a união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Talvez o exemplo holandês tenha causado maior impacto, apesar de não ter sido o pioneiro, porque, além da união civil, é permitida a adoção por casal homossexual.

O Brasil ainda não possui qualquer legislação sobre o tema. Constitucionalmente, não é permitida a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Mas nada há em relação à união civil.

Por isso, muitos advogados estão retomando a recente corrente jurisprudencial da sociedade de fato atinente à união estável para aplicar nesses casos.

Pleiteando no Juízo Cível, têm conseguido alguns efeitos para essa união com base em uma sociedade de fato (*affectio societatis*).

No Estado da Bahia, um casal de lésbicas, recentemente, obteve êxito ao ver sua sociedade reconhecida pela Vara Cível.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul, pelo pensamento de vanguarda que tem, vem manifestando constantemente sua posição de reconhecimento de efeitos decorrentes da sociedade de fato.

O recente julgado a seguir apresentado vai além ao defender, para esses casos, a competência da Vara de Família:

RECURSO: CONFLITO DE COMPETENCIA

NUMERO: 70000992156

RELATOR: JOSE ATAIDES SIQUEIRA TRINDADE

EMENTA: RELACOES HOMOSSEXUAIS. COMPETENCIA DA VARA DE FAMILIA PARA JULGAMENTO DE SEPARACAO EM SOCIEDADE DE FATO. A COMPETENCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARACAO DE SOCIEDADE DE FATO DE CASAS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO, E DAS VARAS DE FAMILIA, CONFORME PRECEDENTES DESTA CAMARA, POR NAO SER POSSIVEL QUALQUER DISCRIMINACAO POR SE TRATAR DE UNIAO ENTRE HOMOSSEXUAIS, POIS E CERTO QUE A CONSTITUICAO FEDERAL, CONSAGRANDO PRINCIPIOS DEMOCRATICOS DE DIREITO, PROIBE DISCRIMINACAO DE QUALQUER ESPECIE, PRINCIPALMENTE QUANTO A OPCAO SEXUAL, SENDO INCABIVEL, ASSIM, QUANTO A SOCIEDADE DE FATO HOMOSSEXUAL. CONFLITO DE COMPETENCIA ACOLHIDO. (CCO Nº

70000992156, OITAVA CAMARA CIVEL, TJRS, RELATOR: DES. JOSE ATAIDES SIQUEIRA TRINDADE, JULGADO EM 29/06/2000)

Em outro, justifica a fama de Tribunal mais moderno e liberal do país:

RECURSO: APELACAO CIVEL

NUMERO: 598362655

RELATOR: JOSE ATAIDES SIQUEIRA TRINDADE

EMENTA: HOMOSSEXUAIS. UNIAO ESTAVEL. POSSIBILIDADE JURIDICA DO PEDIDO. E POSSIVEL O PROCESSAMENTO E O RECONHECIMENTO DE UNIAO ESTAVEL ENTRE HOMOSSEXUAIS, ANTE PRINCIPIOS FUNDAMENTAIS INSCULPIDOS NA CONSTITUICAO FEDERAL QUE VEDAM QUALQUER DISCRIMINACAO, INCLUSIVE QUANTO AO SEXO, SENDO DESCABIDA DISCRIMINACAO QUANTO A UNIAO HOMOSSEXUAL. E E JUSTAMENTE AGORA, QUANDO UMA ONDA RENOVADORA SE ESTENDE PELO MUNDO, COM REFLEXOS ACENTUADOS EM NOSSO PAIS, DESTRUINDO PRECEITOS ARCAICOS, MODIFICANDO CONCEITOS E IMPONDO A SERENIDADE CIENTIFICA DA MODERNIDADE NO TRATO DAS RELACOES HUMANAS, QUE AS POSICOES DEVEM SER MARCADAS E AMADURECIDAS, PARA QUE OS AVANCOS NAO SOFRAM RETROCESSO E PARA QUE AS INDIVIDUALIDADES E COLETIVIDADES, POSSAM ANDAR SEGURAS NA TAO ALMEJADA BUSCA DA FELICIDADE, DIREITO FUNDAMENTAL DE TODOS. SENTENCA DESCONSTITUIDA PARA QUE SEJA INSTRUIDO O FEITO. APELACAO PROVIDA. (9 FL S) (APC Nº 598362655, OITAVA CAMARA CIVEL, TJRS, RELATOR: DES. JOSE ATAIDES SIQUEIRA TRINDADE, JULGADO EM 01/03/2000)

As evidências crescem a cada dia e exigem a atuação do legislador pátrio. Do contrário, inúmeros problemas continuarão existindo e outros serão criados.

Se, no Brasil, é proibida a adoção por casal homossexual, na Holanda isso já é permitido. Vislumbra-se, então, a possibilidade de um holandês escolher uma criança brasileira para adotar e, levando para seu país de origem, registrar a adoção em nome do casal.

Deve o Direito pátrio estar em consonância com a teoria geral do Direito Civil.

Em breve, se admitido o casamento entre pessoas do mesmo sexo em diversos países, a teoria da inexistência do casamento (por falta de um dos três elementos essenciais: diversidade de sexo, celebração na forma da lei e consentimento) irá sucumbir e o Brasil não estará preparado para tal revolução.

É nesse contexto que surge o **Projeto de Lei nº 1.151/95**, de autoria da então Deputada Federal **Marta Suplicy** (PT/SP). Suas propostas são o direito à herança, sucessão, benefícios previdenciários, seguro saúde conjunto, declaração conjunta do imposto de renda e o direito à nacionalidade no caso de estrangeiros⁽²³⁾.

Não se trata de casamento, mas união civil entre pessoas do mesmo sexo, apesar de os efeitos práticos serem praticamente os mesmos.

Apesar do brilhantismo da iniciativa, comete erros que precisam ser consertados, como o fato de não disciplinar a adoção.

Além disso, o contrato de união civil, segundo o Projeto, poderá ser celebrado também por heterossexuais (não há exigência de que os contratantes sejam homossexuais), que assim poderão proceder para fraudar o imposto de renda, o seguro-saúde ou a própria previdência social⁽²⁴⁾.

Há, também, a possibilidade de criminosos estrangeiros, com o citado contrato, tentarem assegurar a nacionalidade brasileira e, com isso, burlarem a lei do seu país.

Analisando outros erros do Projeto, assevera o advogado sergipano Jadson Dias Correia: "só não seriam impedidos de celebrar o contrato de união civil as pessoas solteiras, viúvas ou divorciadas. Desta forma, nada impede que o contrato seja celebrado entre parentes consangüíneos, entre o tutor e o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados, ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas⁽²⁵⁾".

Por omissão do Projeto, a polêmica que antes existia quanto à união estável agora retorna, no que tange à competência para julgamento das causas porventura originadas: se na Vara Cível ou na Vara de Família.

8. PROJETO DE LEI Nº 1.151, DE 1995

Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º - É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união civil, visando a proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e dos demais assegurados nesta Lei.

Art. 2º - A união civil entre pessoas do mesmo sexo constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro de Pessoas Naturais.

§ 1º - Os interessados e interessadas comparecerão perante os oficiais de Registro Civil exibindo:

I - prova de serem solteiros ou solteiras, viúvos ou viúvas, divorciados ou divorciadas;

II - prova de capacidade civil plena;

III - instrumento público de contrato de união civil.

§ 2º - O estado civil dos contratantes não poderá ser alterado na vigência do contrato de união civil.

Art. 3º O contrato de união civil será lavrado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado. Deverá versar sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas.

Parágrafo único - Somente por disposição expressa no contrato, as regras nele estabelecidas também serão aplicadas retroativamente, caso tenha havido concorrência para formação do patrimônio comum.

Art. 4º - A extinção da união civil ocorrerá:

I - pela morte de um dos contratantes;

II - mediante decretação judicial.

Art. 5º - Qualquer das partes poderá requerer a extinção da união civil:

I - demonstrando a infração contratual em que se fundamenta o pedido;

II - alegando desinteresse na sua continuidade.

§ 1º - As partes poderão requerer consensualmente a homologação judicial da extinção da união civil.

§ 2º - O pedido judicial de extinção da união civil, de que tratam o inciso II e o § 1º deste artigo, só será admitido após decorridos 2 (dois) anos de sua constituição.

Art. 6º - A sentença que extinguir a união civil conterá a partilha dos bens dos interessados, de acordo com o disposto no instrumento público.

Art. 7º - O registro de constituição ou extinção da união civil será averbado nos assentos de nascimento e casamento das partes.

Art. 8º É crime, de ação penal pública condicionada à representação, manter o contrato de união civil a que se refere esta lei com mais de uma pessoa, ou infringir o § 2º do art. 2º.

Pena - detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Art. 9º - Alteram-se os artigos da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que passam a vigorar com as seguintes redações:

"Art. 33 - Haverá em cada cartório os seguintes livros, todos com trezentas folhas cada um:

(...)

III - B - Auxiliar - de registro de casamento religioso para efeitos civis e contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I - o registro:

(...)

35 - dos contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo que versarem sobre comunicação patrimonial, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer das partes, inclusive os adquiridos posteriormente à celebração do contrato.

II - a averbação:

(...)

14 - das sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento e de extinção de união civil entre pessoas do mesmo sexo, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro."

Art. 10 - O bem imóvel próprio e comum dos contratantes de união civil com pessoa do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela Lei 8.009, de 29 de março de 1990.

Art. 11 - Os artigos 16 e 17 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 16 (...)

§ 3º. Considera-se companheiro ou companheira a pessoa que, sem ser casada, mantém com o segurado ou com a segurada, união estável de acordo com o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal, ou união civil com pessoa do mesmo sexo nos termos da lei.

Art. 17 (...)

§ 2º. O cancelamento da inscrição do cônjuge e do companheiro ou companheira do mesmo sexo se processa em face de separação judicial ou divórcio sem direito a alimentos, certidão de anulação de casamento, certidão de óbito ou sentença judicial, transitada em julgado".

Art. 12 Os artigos 217 e 241 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 217. (...)

c) a companheira ou companheiro designado que comprove a união estável como entidade familiar, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei.

(...)

Art. 241. (...)

Parágrafo único. Equipara-se ao cônjuge a companheira ou companheiro, que comprove a união estável como entidade familiar, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei."

Art. 13 - No âmbito da Administração Pública, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal disciplinarão, através de legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que mantenham a união civil com pessoa do mesmo sexo.

Art. 14 - São garantidos aos contratantes de união civil entre pessoas do mesmo sexo, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão regulados pela Lei nº 8.971, de 28 de novembro de 1994.

Art. 15 - Em havendo perda da capacidade civil de qualquer um dos contratantes de união civil ente pessoas do mesmo sexo, terá a outra parte a preferência para exercer a curatela.

Art. 16 - O inciso I do art. 113 da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980 passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 113. (...)

I - ter filho, cônjuge, companheira ou companheiro de união civil ente pessoas do mesmo sexo, brasileiro ou brasileira".

Art. 17 - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 18 - Revogam-se as disposições em contrário.

9. O PROJETO DO CÓDIGO CIVIL

O Anteprojeto do Código Civil foi encaminhado à Câmara dos Deputados em 1975, sob o número 634-B. É de autoria de uma comissão regida pelo Professor Miguel Reale e integrada pelos juristas José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis de Couto e Silva e Torquato Castro.

Tornou-se Projeto de Lei da Câmara (PLC) sob o número 118/84 e tramita no Senado Federal desde 1984, tendo como relator o então Senador Josaphat Marinho (PFL-BA).

O principal ponto positivo do novo Código é que ele consagra as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, as quais não receberam alguns dispositivos do Código vigente.

Como o Projeto nasceu em 1975, a atualização, frente ao texto constitucional, só foi possível graças ao ilustre e saudoso Senador Nelson Carneiro, responsável por diversas emendas em matéria de Direito de Família⁽²⁶⁾.

O ilustre jurista Miguel Reale⁽²⁷⁾ apresenta as principais inovações do Projeto: consagração da igualdade absoluta dos cônjuges; consagração da igualdade absoluta dos filhos, fossem eles considerados pela Lei antiga legítimos, naturais, adulterinos, incestuosos ou adotivos; reconhecimento da união estável como entidade familiar, ficando assegurados direitos recíprocos aos companheiros.

O artigo 1509 do Projeto, em atendimento aos artigos 5º, I, e 226, § 5º da Carta Magna, assevera: "o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade dos cônjuges, e institui a família legítima".

Se, no dispositivo supra citado, a legislação avança ao igualar os cônjuges e caracterizar o casamento como "comunhão plena de vida", mantém o mesmo vício do Código anterior, ao dispor que o regime matrimonial "institui a família legítima".

Sobre casamento, em resposta ao art.226, § 2º da Constituição, o art. 1.512 do Projeto estabelece: "O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do civil, equipara-se a este, desde que inscrito em registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração".

O Projeto diferencia casamento (é o ato civil) e matrimônio (ato religioso).

Em atendimento à igualdade absoluta entre os cônjuges é que decorre uma outra alteração, consubstanciada no artigo 1556: o marido não poderá anular o casamento alegando o fato de ter descoberto que a esposa não era virgem.

É relativo tratar o ponto acima demonstrado como grande novidade, tendo em vista que o artigo 219, IV do atual Código Civil (anulação do casamento por erro essencial, quando o marido ignora o defloramento da mulher) não foi recepcionado pela Lei Maior.

Ainda em consonância com o princípio da igualdade, há a possibilidade do homem adotar o sobrenome da mulher depois do casamento e de casar-se com 16 anos (agora sem autorização prévia). Esta última alteração decorre, também, da redução da maioridade para 18 anos.

O pátrio poder passa a ser chamado de poder familiar, tendo em vista que o seu exercício é de igual atribuição do marido e da mulher em relação aos filhos menores.

A isonomia no tratamento dos filhos também decorre de princípio constitucional (artigo 226, § 6º).

Da mesma forma, consagra a união estável como entidade familiar (artigo 226, § 3º). Destarte, distingue concubinato de união estável. Nesse contexto, quanto a esta última, há retrocesso, volta-se a um regime semelhante ao da Lei nº 8.971/94, já que, para configurá-la, é necessário convivência entre pessoas sem impedimentos matrimoniais há, no mínimo, 5 anos consecutivos ou 3 anos, desde que haja filho comum (artigo 1735 do Projeto).

Já o concubinato é caracterizado como uma relação adúlterina, sem efeitos para qualquer dos conviventes, efeitos estes que só podem decorrer da união estável, como o direito à herança. Assim dispõe o artigo 1739: "As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem o concubinato".

Outras mudanças ainda podem ser apontadas, como, por exemplo, o cônjuge adúltero não ser mais impedido legalmente de constituir novo casamento por conta do adultério (foi suprimido o artigo 183, VII do Código Civil vigente).

O Projeto poderia ir além, já que manteve a postura conservadora ao definir como causa para perda da guarda dos filhos na separação judicial o adultério.

Quanto à adoção, procurou-se uma idade intermediária entre a da adoção do Código Civil em vigência (30 anos) e a do Estatuto da Criança e do Adolescente (21 anos) e estabeleceu-se a idade de 25 anos para que alguém possa adotar.

O desejo do eminente Orlando Gomes em ver a irrevogabilidade do regime de bens derogada foi atendido no artigo 1651, § 2º: "É admissível a alteração parcial do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros".

Entretanto, o regime legal continua sendo o da comunhão parcial. Nele, por força do artigo 1674 do Projeto, há uma presunção de que os bens imóveis foram adquiridos na constância do casamento quando não se pode provar que o foram em data anterior.

Apesar das boas novas, na sua maioria, o novo Código não estabelece grandes mudanças. Em verdade, conforme opinião do próprio Miguel Reale à época da elaboração, a intenção do Projeto era manter as premissas do Código de 1917.

No máximo, o novo (?) Código consolida várias legislações adotadas ao longo dos anos e os princípios consagrados na Constituição de 1988.

Em verdade, talvez seja o mais antigo projeto de lei em tramitação. É reflexo do pensamento social de quase trinta anos atrás, em muito distante e inadequado às velozes mudanças por que experimentamos.

Assim, persiste em manter vícios e defeitos detectados no Código atual, o qual não atende às aspirações sociais contemporâneas.

O patrimônio, substrato da legislação de 1917, recebeu três livros específicos no "novo" Código, enquanto que a família mereceu apenas um.

Esse privilégio em relação aos bens é, indubitavelmente, atribuído ao sistema capitalista que rege as relações do mundo. O patrimônio está em primeira instância por força, inclusive, da Constituição, que atribui à propriedade uma função social.

Entretanto, até mesmo em relação à função social da propriedade, pouco se fez para que fosse promovido o seu desenvolvimento, em atendimento a interesses capitalistas, imperialistas e neoliberais.

Em alguns pontos, o Projeto chega a ser retrógrado, eliminando diversos avanços promovidos pela Constituição e pelas leis extravagantes.

Fixar tempo mínimo para caracterizar união estável é sepultar o avanço perpetrado pela Lei nº 9.278/96.

Não admitir os direitos de famílias que possuem apenas um chefe é não atender aos ditames do artigo 226, § 4º da Carta Magna.

Em outras passagens, desconsidera a existência do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O "novo" Código Civil mantém os quatro personagens básicos que marcam presença na legislação de 1917 (o marido, o proprietário, o contratante e o testador), apenas acrescentando-lhes o empresário⁽²⁸⁾.

O Projeto, portanto, não atende a princípios constitucionais, precipuamente o da dignidade humana, mantendo uma visão formada a partir de elementos sócio-culturais prevalecentes há 30 anos, sem atualizar o texto codificado às necessidades do presente momento histórico, marcado pela diversidade e pluralismo, corolários da globalização⁽²⁹⁾.

É um Projeto que já nasce velho, defasado, sem criar o novo que tanto se pretende.

Omite-se ao não contemplar técnicas de reprodução, como a fertilização in vitro, a inseminação artificial e até mesmo a clonagem.

Não regulamenta, em nenhum momento, a união civil entre homossexuais, o que já é matéria do Projeto de Lei nº 1151/95.

Miguel Reale⁽³⁰⁾ apregoa que "é a própria Constituição que restringe a união estável entre o homem e a mulher. Assim sendo, sem reforma da Constituição não poderá ser atendida a pretensão dos homossexuais...".

Data maxima venia, a Constituição, em nenhum momento, proíbe a união civil entre pessoas do mesmo sexo, apenas rechaça a união estável disciplinada pelas leis extravagantes.

Por consequência, era possível (e necessário) que o "novo" Código trouxesse um capítulo destinado a tal matéria.

Novo Código Civil? O velho já morreu, mas o novo ainda não nasceu.

10. CONCLUSÃO

Inúmeras são as mudanças por que passam as sociedades globalizadas. O setor tecnológico multiplica-se, a produção cultural cresce em progressão geométrica, técnicas de reprodução são criadas, a comunicação digital é veloz como a luz.

O fenômeno social exige a regulamentação jurídica.

Nos países do primeiro mundo, o Direito de Família vem sofrendo profundas alterações, especialmente na Europa e nos Estados Unidos.

No Brasil, já é sentida a chegada dos ares da modernidade.

As novidades experimentadas pelo país têm como condição de sobrevivência e desenvolvimento a desconsideração de muitos dispositivos do sistema legislativo.

No campo do Direito Civil, com maior razão no Direito de Família, a estrutura patrimonialista do Código Civil de 1917 já não pode mais ser completamente respeitada.

Assiste-se a um fenômeno denominado *constitucionalização* do Direito de Família. Cabe, agora, à Constituição a unificação e o monopólio do sistema jurídico, estabelecendo princípios e regras fundamentais e norteadores da estrutura infra-constitucional.

Encerra-se, assim, a fase em que pretendia-se atribuir ao Código Civil a normatização de todas as situações fáticas.

Não tem a mesma pretensão a Constituição e, por isso, ganha o ordenamento jurídico maior eficácia e aplicabilidade.

Não é tarefa da célula-mãe do ordenamento prever inúmeras hipóteses teóricas, mas apenas criar regras a serem seguidas pelas células derivadas.

Nesse sentido, de mister importância é a criação de um time forte e consistente de leis esparsas, verdadeiros microssistemas, como o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Porque é tarefa delas, não apenas, mas sobretudo, regular genericamente as situações concretas.

É por isso que já se fala em, inclusive, elaborar um Código de Família.

Há, destarte, um contingente amplo de matéria a ser objeto de leis extravagantes. Casos como a fecundação in vitro, inseminação artificial, clonagem e união entre pessoas do mesmo sexo sempre são os mais citados porque precisam, urgentemente, de previsão legal.

O Projeto do Código Civil deve ter a correta inteligência dentro desse âmbito; teria que obedecer, pois, aos princípios constitucionais. Não poderia cometer os mesmos erros e vícios da legislação de 1917. E, o que é muito pior, não deveria persistir em ser o único instrumento legal regulador do Direito Privado.

Se é corolário do fenômeno da *constitucionalização* do Direito de Família aquilo que Orlando Gomes chamou de sua *descodificação*, frente ao atual pluralismo social, razão assiste ao Professor Cristinano Chaves ao afirmar que "o Projeto do Código Civil está na contramão do momento histórico do Direito⁽³¹⁾".

É fruto de um tempo já distante da realidade nacional; não tem a utilidade prática de atender aos anseios e expectativas da pós-modernidade.

Por isso, mais do que uma simples reforma, é imprescindível ir além do fenômeno da *constitucionalização do Direito de Família*; é preciso uma *redefinição*, *reagrupamento* dos seus pilares, uma adaptação da realidade sócio-cultural a uma nova mentalidade, a uma nova filosofia⁽³²⁾, pois "*cada sistema filosófico concretiza, em forte síntese, uma concepção de mundo*" (Clóvis Beviláqua).

NOTAS

1. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999

2. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999

3. PASSOS, Apoenã Rosa. *A Aplicação Direta das Normas e Princípios Constitucionais de Direito Civil*

in Jus Navigandi

4. PASSOS, Apoenã Rosa. *A Aplicação Direta das Normas e Princípios Constitucionais de Direito Civil*

in Jus Navigandi

5.PASSOS, Apoenã Rosa. *A Aplicação Direta das Normas e Princípios Constitucionais de Direito Civil*

in Jus Navigandi

6.NETO, Francisco Amaral *Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro*, separata de *O Direito*, Rio, 1994, v.1-2, p.81

7.OLIVEIRA, Euclides Benedito de *O Direito de Família após a Constituição Federal de 1988*

8.FACHIN, Luiz Edson *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio : Renovar, 2000, p.301

9.FARIAS, Cristiano Chaves de *Achegas para (além da) Reforma do Código Civil*

in Jus Navigandi

10.FARIAS, Cristiano Chaves de *Achegas para (além da) Reforma do Código Civil*

in Jus Navigandi

11.GOMES, Orlando. A agonia do código civil. *Revista de direito comparado luso-brasileiro*. São Paulo : Forense, ano IV, n. 7, p. 9, jul./1985

12.HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes *Família e casamento em evolução* In Revista Brasileira de Família. IBDFAM: Síntese. N. 1. P. 7.

13.OLIVEIRA, Euclides Benedito de *O Direito de Família após a Constituição Federal de 1988*

14.PEREIRA, Virgílio de Sá *Direito de Família* Litho-Typographia Fluminense, 1923, p. 59-63

15.PEREIRA, Virgílio de Sá *Direito de Família* Litho-Typographia Fluminense, 1923, p. 59-63

16.OLIVEIRA, Euclides Benedito de *O Direito de Família após a Constituição Federal de 1988*

17.O Projeto do Código Civil, reduzindo a maioria para 18 anos, permite o casamento do maior de 16 anos.

18.Por entender incompatível com o princípio da dignidade humana, porque conflita com os arts.1º, III, 5.º, I, X, e LIV da CF, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo julgou, na Ap. 007.512-4/2-00 – 2ª Câ. – j. 18/8/98 – Rel. Des. Cezar Peluso, pela não recepção do dispositivo.

19.LÔBO, Paulo Luiz Netto *Constitucionalização do Direito Civil* in Jus Navigandi

20. CORREIA, Jadson Dias *União civil entre pessoas do mesmo sexo* in Jus Navigandi

21.Folha de São Paulo, *CNBB faz lobby contra parceria gay* Edição de 10/06/2001.

22.CORREIA, Jadson Dias *União civil entre pessoas do mesmo sexo* in Jus Navigandi

23.CORREIA, Jadson Dias *União civil entre pessoas do mesmo sexo* in Jus Navigandi

24.CORREIA, Jadson Dias *União civil entre pessoas do mesmo sexo* in Jus Navigandi

25.CORREIA, Jadson Dias *União civil entre pessoas do mesmo sexo* in Jus Navigandi

26.REALE, Miguel *A atualidade do Direito de Família no Projeto de Código Civil: à frente da Constituição de 1988* in Jus Navigandi

27.REALE, Miguel *A atualidade do Direito de Família no Projeto de Código Civil: à frente da Constituição de 1988* in Jus Navigandi

28.TEPEDINO, Gustavo *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil*, p. 438

29.FARIAS, Cristiano Chaves de *Achegas para (além da) Reforma do Código Civil* in Jus Navigandi

30.REALE, Miguel *A atualidade do Direito de Família no Projeto de Código Civil: à frente da Constituição de 1988* in Jus Navigandi

31.FARIAS, Cristiano Chaves de *Achegas para (além da) Reforma do Código Civil* in Jus Navigandi

32.FARIAS, Cristiano Chaves de *Achegas para (além da) Reforma do Código Civil* in Jus Navigandi